Eerste Kamer der Staten-Generaal 1

Vergaderjaar 2015–2016

34 166 Staat van de Europese Unie 2015

J BRIEF VAN DE MINISTER VOOR BUITENLANDSE HANDEL EN ONTWIKKELINGSSAMENWERKING

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 22 februari 2016

Conform de toezegging in het mondeling overleg van 22 september jl. met het kenmerk T02164, ga ik nader in op de technische uitwerking van het geschillenbeslechtingsmechanisme in de *Transatlantic Trade and Investment Partnership*, in het bijzonder op het voorkomen van *frivolous claims* en *forumshopping*.

De Minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking,
E.M.J. Ploumen

kst-34166-J
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2016

Op 16 september 2015 heeft de Europese Commissie een nieuw voorstel voor het investeringsbeschermingshoofdstuk en een Investeringshof (Investment Court System) in de *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP) gepresenteerd. Hierin is de Nederlandse inzet voor modernisering van het systeem verwerkt, zoals uiteengezet in de brief van 25 juni 2014 in reactie op de motie Van Ojik (Kamerstuk 21 501-02, nr. 1397). Het voorstel is op 12 november gedeeld met de Verenigde Staten en wordt ingebracht in alle lopende en toekomstige EU-onderhandelingen. Tevens zal het de basis vormen voor de herziening van de Nederlandse investeringsbeschermingsovereenkomsten (IBO's) (zie Kamerstuk 2015.212864). Het voorstel bevat onder andere de volgende drie elementen:

1. Waarborgen van het recht van de overheid te reguleren.

Een specifieke bepaling moet beleidsruimte van staten ter behartiging van publieke belangen waarborgen. Hiermee wordt verduidelijkt dat staten vrij zijn om hun wet- en regelgeving aan te passen in het publiek belang. Daarnaast zullen de regels voor investeringsbescherming de bevoegdheid van de EU om staatsteunregels toe te passen niet aantasten. Het recht van staten om te reguleren is verder ook ingebed in andere bepalingen van het akkoord, bijvoorbeeld in het artikel over onteigening. Deze regels worden ook opgenomen in andere onderhandelingen tussen de EU en derde landen, bijvoorbeeld in de handelsverdragen tussen de EU en Canada (CETA) en de EU en Singapore.

2. Nieuw mechanisme voor geschillenbeslechting- Investeringshof.

Het Investeringshof bestaat uit een hof van eerste aanleg met vijftien openbaar benoemde rechters (vijf met de nationaliteit van een EU-lidstaat, vijf met de Amerikaanse nationaliteit en vijf met nationaliteit uit derde landen) en een beroepshof met zes openbaar benoemde rechters (twee met de nationaliteit van een EU-lidstaat, twee met de Amerikaanse nationaliteit en twee met de nationaliteit uit derde landen). De rechters worden benoemd door de Verdragspartijen en dienen te voldoen aan hoge technische en juridische kwalificaties, vergelijkbaar met de vereisten voor leden van permanente internationale gerechtshoven, zoals het Internationaal Gerechtshof en de *WTO Appellate Body*. Partijen bij een geschil hebben geen invloed op de toewijzing van rechters. Dit is een groot verschil met het huidige systeem waar partijen ad hoc zelf een arbiter kunnen aanwijzen. Het doel van dit nieuwe systeem is elk risico van partijdigheid uit te sluiten. Ook legt het nieuwe systeem beperkingen op aan nevenfuncties van rechters, met name om te voorkomen dat zij ook als advocaat optreden in investeringsgeschillen en moeten de rechters voldoen aan ethische regels. Daarnaast bouwt het systeem voort op de bestaande EU-inzet dat transparantie in de procedures verzekert. Dat betekent dat zittingen openbaar zullen zijn, stukken worden gepubliceerd en derde partijen met een aantoonbaar belang bij het geschil het recht hebben te interveniëren. Ook is er meer aandacht voor de positie van het Midden-en Klein Bedrijf.

3. Relatie nationale procedures-internationale geschillenbeslechting.

Forum-shoppen en oneigenlijke (frivole) claims worden tegengegaan in het Investeringshof. Er wordt duidelijk onderscheid gemaakt tussen het internationaal en nationaal procesrecht.
Voor het internationale hof geldt dat de rechters niet mogen treden in de interpretatie en toepassing van het nationale recht van de Verdragspar-

tijen (waaronder dat van de EU-lidstaten en het EU-recht). Het voorstel bevat ook bepalingen om meervoudige en parallelle procedures tegen te gaan. Toegang tot het Investeringshof is alleen mogelijk indien procedures onder de nationale rechtsgang zijn ingetrokken of afgerond.

Voorkomen frivole claims

Zoals aangegeven in de brief van 25 juni 2014 in reactie op de motie Van Ojik (Kamerstuk 21 501-02, nr. 1397), is het uitsluiten van frivole claims onderdeel van het Nederlandse standpunt. In het voorstel voor de *Transatlantic Trade and Investment Partnership* is een specifiek artikel opgenomen waarin frivole claims in een vroeg stadium kunnen worden uitgesloten. Het hof kan, bij wijze van een preliminaire vraag, beslissen dat een claim zonder aantoonbare juridische grond verworpen wordt nog voordat de inhoudelijke behandeling van de zaak gestart wordt.

Daarnaast is een *loser pays* principe opgenomen om frivole claims te voorkomen. Dat houdt in dat het hof zal besluiten de investeerder te veroordelen in het betalen van de proceskosten als deze een zaak verliest. Het hof kan hiervan afwijken indien hier aanleiding voor is, bijvoorbeeld indien een investeerder in een mindere financiële situatie verkeerd, zoals bij een Midden-en Klein Bedrijf.

Ook zal het hof geen claims in behandeling nemen die zijn ingediend als blijkt dat deze zijn aangespannen door een bedrijf dat zijn bedrijfsstructuur uitsluitend heeft veranderd om gebruik te kunnen maken van investeringsbescherming, het zogenaamde *treaty shopping*. Een voorbeeld hiervan is de uitspraak in de zaak Philip Morris Azië tegen Australië over veranderende eisen aan tabaksverpakkingen. Deze zaak was aangespannen door Philip Morris tegen Australië, onder het bilaterale investeringsverdrag tussen Australië en Hong Kong. De afdeling van Philip Morris in Hong Kong had de aandelen in Philip Morris Australië verkregen in begin 2011, in de wetenschap dat de Australische overheid in 2010 had besloten tot het introduceren van nieuwe regels voor tabaksverpakkingen. Dit was reden voor het arbitragetribunaal om zich onbevoegd te verklaren.

Uitsluiten forumshopping

Het is van belang dat de weg naar internationale arbitrage voor de Europese investeerders beschikbaar is, omdat de kwaliteit van de nationale rechtsgang of een eerlijk proces in het buitenland niet overal gegarandeerd is. Hierbij moet voorkomen worden dat investeerders kunnen gaan *shoppen* bij verschillende systemen en moet worden gewaarborgd dat het nationale recht niet wordt doorkruist. Daarom is in het EU-voorstel voor de *Transatlantic Trade and Investment Partnership* een *no-U-turn* optie voorgesteld. Het primaire doel van deze optie is om investeerders aan te moedigen de nationale rechtsgang te bewandelen. Bij de *no U-turn* moet een investeerder dus kiezen om gebruik te maken van de nationale rechtsprocedure of het Investeringshof. Indien hij een procedure onder de nationale rechtsgang heeft gestart en wil overstappen naar het Investeringshof, moet hij de claim voor de nationale rechter eerst intrekken. In het voorstel voor de *Transatlantic Trade and Investment Partnership* kunnen investeerders dan ook niet tegelijkertijd de nationale rechtsgang en geschillenbeslechting via het hof doorlopen.